

## &lt;判例研究&gt;

## 留め置き二分論と2つの無罪判決

江 藤 隆 之

- I 問題の所在
- II 大阪高等裁判所平成30年8月30日判決
- III 広島地方裁判所平成30年6月14日判決
- IV 傍論的問題提起
- V 結語

キーワード：留め置き，任意捜査，強制捜査

## I 問題の所在

捜査機関が行う捜査は，しばしば捜査対象者やその周辺にいる人々の諸権利を侵害する。そのため，捜査は原則として捜査対象者の承諾を得た任意によって行われなければならないが，強制の処分を用いる際は，その処分が法律にあらかじめ明文の定めがあるものに限り，裁判官の令状の発付をもって例外的に行うことができる。この，任意捜査の原則，強制処分法定主義，令状主義は，刑事訴訟における重要原則であり，このこと自体，学説・実務において異論はない。

ところが，具体的な事案においては，何が任意捜査であり何が法定と令状が必要な強制捜査にあたるのかの線引きは，必ずしも容易ではない。捜査機関はしばしば，任意の名目で強制捜査ではないかと思われる手法を採

用することがある。そのような事案にあつては、法廷において当該捜査が適法な任意捜査であつたか、違法な強制捜査であつたかが争点となることも珍しくない。とりわけ、任意であることが原則でありながら実際においては強制的な側面もないではない職務質問において、職務質問対象者とのコミュニケーションの中で捜査官が嫌疑の度合いを高めていく場合、捜査官は無令状で所持品検査などの違法な強制捜査に入っていくやすい<sup>(2)</sup>。その嫌疑が薬物の自己使用であるなら、捜査官はなおその誘惑に駆られるといえるだろう。たとえば、職務質問対象者が挙動不審であり、かつその腕に複数の新しい注射痕があると認められる場合、捜査官が、対象者の所持品を検査し薬物の現物を発見したいと思つたり、対象者の尿を検査したいと考えるのは無理もないことである。また、小さな包みに入っている薬物は隙を見てトイレに流すなどの隠滅をされかねず、尿からの薬物反応は時間とともに検出されにくくなることに鑑みると、捜査官が対象者から一時も目を離したくないと思ひ、また時間との戦いであると考えのも理解できないではない。

だが、そのような捜査官の想ひが理解可能であるからといって、捜査官に所持品検査や尿検査やその他強制捜査の実施を無令状で認めるわけにはいかない。それは、刑事訴訟法に反するばかりでなく、憲法にも反して<sup>(3)</sup>おり、強制権力による市民生活の不当な抑圧を認めることにつながりかねないからである。

このような中、近時「留め置き二分論」と呼ばれる理論が判例において散見されるようになっている<sup>(5)</sup>。留め置き二分論とは、捜査の段階を任意と強制との段階に分けるだけでなく、任意捜査を、純粋に任意捜査の段階と強制令状請求の準備に入つた段階（強制への移行段階）とに二分し、後者においては「相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」とする理論をいう。

この理論の萌芽は、東京高裁平成20年9月25日判決の傍論部分に見られる。同判決の傍論は、「被告人を本件現場に留め置いた点を一応違法とせざるを得ないと判断するものであるが、このように覚せい剤使用の嫌疑が<sup>(6)</sup>

濃厚な被告人らにつき、警察官が令状請求の手続をとり、その発付を受けるまでの間、自動車による自由な移動をも容認せざるを得ないとすれば、令状の発付を受けてもその意義が失われてしまう事態も頻発するであろう。本件のような留め置きについては、裁判所の違法宣言の積み重ねにより、その抑止を期待するよりは、令状請求手続をとる間における一時的な身柄確保を可能ならしめるような立法措置を講ずることの方が望ましい」と述べた。ここでは、任意捜査における強度の留め置き行為を適法であると評価するまでには至っていないが、任意捜査に純粋に任意の段階と区別される「令状請求の手続をとり、その発付を受けるまでの」段階を想定し、その段階において強度の留め置き行為を行う必要性を是認する点で、留め置き二分論の萌芽として評することができよう。もちろん、本判決は「立法措置」に期待している点で、現行法下において許されるとする「留め置き二分論」それ自体とは区別して理解されることになる。

東京高裁平成21年7月1日判決<sup>(7)</sup>は、「本件留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては、本件留め置きが、純粋に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階（以下、便宜「強制手続への移行段階」という。）とからなっていることに留意する必要がある、両者を一括して判断するのは相当でないと解される」といい、任意捜査を二分して異なる基準によって評価することを正面から認めた。その上で、同判決は「強制採尿令状の請求が検討されるほどに嫌疑が濃い対象者については、強制採尿令状発付後、速やかに同令状が執行されなければ、捜査上著しい支障が生じることも予想され得ることといえるから、対象者の所在確保の必要性は高く、令状請求によって留め置きの必要性・緊急性が当然に失われることにはならない。」として、令状請求準備行為から同令状執行まで約2時間58分かかっている留め置きを適法であるとした。

東京高裁平成22年11月8日判決<sup>(8)</sup>は、留め置き二分論をさらに進める。被疑者の約4時間にわたる留め置きについて、「このような留め置きの適法性を判断するに当たっては……B 巡査部長が、被告人から任意で尿の提出

を受けることを断念し、搜索差押許可状……請求の手續に取りかかっていることに留意しなければならない」とし、「強制採尿令状の請求に取りかかったということは、捜査機関において同令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなったことを物語るものであり、その判断に誤りがなければ、いずれ同令状が発付されることになるのであって、いわばその時点を分水嶺として、強制手続への移行段階に至ったと見るべきものである。したがって、依然として任意捜査であることに変わりはないけれども、そこには、それ以前の純粹に任意捜査として行われている段階とは、性質的に異なるものがあるとしなければならない」といったのである。ここでは、平成20年判決段階ではまだ抑制的であった明確に留め置き二分論が、明確に、それも強く断言する形で採られている。

それでは、この留め置き二分論は、それ以降の下級審判決においてどの程度採用されているのだろうか。すでに留め置き二分論を明確に否定する判決<sup>(9)</sup>があることも知られているところ、本稿では、近年の2つの無罪判決を取り上げ、それらの留め置き二分論に対する距離を測りたい。また、最後に2つの判決から推察される問題の指摘を傍論的に行いたい。

## Ⅱ 大阪高等裁判所平成30年8月30日判決<sup>(10)</sup>

まず、一審の有罪判決を破棄し、無罪を自判した大阪高等裁判所の判決を見てみよう（後の分析の際に引用ないし参照する部分について下線を引く）。

### (1) 事実の概要

a) 「大阪府警警察官Aは、平成29年6月7日午前3時58分頃、(略) 警ら中、大阪府東大阪市内の交差点の角に立つ被告人を発見し、その様子に不審を抱き、(略) 被告人への職務質問を開始した。」

b) 「被告人は、Aらからの所持品検査の求めに応じ、ポケット内の物品や手提げかばん（本件所持品）を差し出した。それらの中には、(略) 軍手、ドライバー、レンチ、先が丸く曲がった細長い鉄製の棒等が入っており、

被告人は、(略)その用途等について明らかにしなかった。Aは、被告人の挙動や肌の色等から覚せい剤使用の嫌疑を抱き、被告人を説得して両肘内側を見分したところ、真新しい注射痕が複数あった。被告人は、これについて点滴の痕だと述べて覚せい剤等の使用を否定する一方、警察署への任意同行や尿の任意提出の求めを拒否し、携帯電話機で何者かに連絡をとり、同日午前4時24分頃、被告人が呼んだと思われる(略)甲(略)がやってきた。被告人は、Aに対し、本件所持品を甲に渡すよう求めたが、Aは、すべてが終わってから被告人に返すことしかできないなどと説明した。同日午前4時43分頃、Aらの応援要請に基づいて臨場した警察官が被告人に令状請求手続に移行する旨を告げた。」

c)「被告人は、令状の取得には2、3時間かかるだろうから自宅に帰って寝ると言って歩き出したため、Aの要請で応援臨場していたBら5名の警察官がこれに追従し、そのうちの1名が本件所持品を携行していた。さらにパトカー数台が赤色灯を点けたまま、歩調に合わせて同じ経路を走行し、交差点ではサイレンを吹鳴させた。」

d)「同日午前6時21分頃、被告人は、その頃居住していた本件建物に到着し、正面入口(略)横の無施錠のドアから建物内に入った。Bら大勢の警察官がこれに続いたことから、被告人が「捜査権がないのに入ってこれんの。」と尋ねると、Bらは、「うん、入れる入れる。」などと答え、そのまま被告人の居室である311号室前まで付いて行った。」

e)「被告人は、居室に入ってドアを閉めようとしたが、Bらは、居室の外からドアを手や足で押さえ、閉められると何をされるか分からない、預かっている所持品もある、などと口々に述べてドアを開けたままにするよう求めた。被告人は、今から寝るのでドアを閉めたい、任意のはずだ、説得には応じない、などと怒声を上げて訴えたが、10分間ほどの押し問答の末、自らビニール傘を差し込み、ドアが完全に閉まらない状態にした上で就寝した。警察官は、被告人が床に就いた後、ドアの隙間に更に物干し竿様の棒を差し込んで施錠されないようにした上、居室前で待機した。」

f)「同日午前7時頃、警察官らは大阪地方裁判所に被告人の強制採尿を実

施するための搜索差押許可状や居室の搜索差押許可状等の発付を請求し、同日午前7時55分頃、これらの令状が発付された。その後、被告人は、令状の呈示を受けて、同日午前8時46分に尿を提出し、覚せい剤成分が検出されたため、緊急逮捕された。」

g) 「本件建物は6階建ての共同住宅であり、建物の入り口で靴を脱ぎ、建物内の廊下や階段を通して各居室に行くようになっていた。(略) 共用部分には風呂やトイレのほか談話室もあり、管理人がいる平日午前8時頃から午後6時頃までの間は住人が他人をそこに上げることができるが、管理人が不在の間は外部の人間の立入りは禁止されていた。」

h) 原判決は、要旨次のように述べて、尿鑑定の鑑定書を証拠採用し、被告人を有罪に処した。

i) 捜査手続の適法性について、「Aらは、被告人から本件所持品の返還を求められたが、泥棒工具だから返せないなどと説明して応じず、被告人も、最終的には本件所持品をAらが預かることを消極的に容認したと認められる。本件所持品の内容や被告人がこれを所持していた時間帯等に照らせば、Aらが被告人に対して窃盗犯の疑いを抱いたことには相応の理由があるし、レンチについては武器として使用される可能性も否定できない。そうすると、Aらが、被告人に対して理由を告げて説得し、消極的にせよ被告人の了承を得て、本件所持品を職務質問等が完了するまでの間預かっていたことは、職務質問に付随する措置として許容される範囲内であり、違法とはいえない。被告人に対し、覚せい剤使用の相応に高度の嫌疑があった上に、強制採尿令状の執行に備えてその所在を把握しておく必要があったところ、万一被告人が逃走を図った場合にも確実に対応するため、相応の人員やパトカーを配備するのはやむを得ない措置であり、警察官らが被告人を本件建物まで追随した行為は、任意捜査として許容される範囲内というべきであるから、違法とはいえない。本件建物の共用部分は、住人の居住スペースの延長ともいえる場所で、管理者は、管理人が不在の間は、住人以外の者が本件建物内に立ち入ることを許していなかったものであり、Bらが、本件建物の管理者の承諾を得ることなく、その共用部分に立ち入ることは、

違法というべきである。Bは、被告人から許可を得ていると解釈していた旨証言するが、被告人とのやりとりに照らすと、その証言自体、疑わしい。閉めさせなかった行為については、被告人の逃走を防止したり、強制採尿令状が発付された場合の執行に備える必要性があるとしても、Bらが管理者の承諾なく本件建物の共用部分に立ち入ったことが、そもそも違法というべきであるから、約10分間にわたり、有形力を行使しつつ、被告人と押し問答をしたことで、結果的に、被告人を含む本件建物内の住人らの平穏を害したことは、その違法の程度をより強めるものというべきである。」

j) 本件鑑定書等の証拠能力について、「次の事情からすると、警察官らが管理者の承諾なく本件建物内に立ち入った行為等の違法性の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。警察官らが本件建物内に立ち入った時点において、被告人には覚せい剤使用の相応に高度な嫌疑があり、既に強制採尿令状の請求手続に入っていたのであるから、近くその令状の発付が見込まれていたといえるところ、強制採尿令状の執行のためには、被告人と共に本件建物内に立ち入り、その居室の場所や被告人の所在を把握しておく必要性が高かったことは否定できない。警察官らが被告人を職務質問現場に留め置かずに、本件建物内の自室に戻ることを容認したのは、令状によらずに被告人の移動の自由を制約することになるべく回避しようとしたためと解されるのであって、その点では警察官らに令状主義を潜脱しようという意図は見られない。警察官らは、住人である被告人と共に、無施錠のドアを通して本件建物内に立ち入ったものであり、立ち入った場所も共用部分にとどまっている。Bらは、共用部分であれば、令状無くして立ち入っても問題はないと安易に考えていた節があり、それ自体戒められるべきであるが、管理人が不在の間は、たとえ共用部分であっても、本件建物内への立入りが禁止されていることを明確に認識しながら、あえてこれを無視して本件建物内に立ち入ったとまでは認められない。」



## (2) 判旨

大阪高等裁判所は、尿鑑定を証拠排除し、原判決を破棄して被告人に対して無罪を言い渡した。その理由は以下の通り。

a) 「原判決が捜査手続の適法性について説示する事項のうち①本件所持品の不返還、②警察官らの追隨行為について述べる部分は概ね正当として是認できるが、③本件建物への立入り、④自室のドアを閉めさせなかった行為について述べる部分には検討不十分な点がある。まず、原判決は、③本件建物への立入りに関して、管理者の管理権を侵害したとの点で違法としているが、本件にあっては、違法の内実はそれに止まるものではない。原判決も述べるように、本件建物の共用部分は、住人の居住スペースの延長で、住居に準ずる私的領域としての性質を有する空間と解される。管理人が所在する間は、管理人に住人らとの契約に基づく包括的な管理権限があるといえるから、その承諾を得ることで住人の許可なしに本件建物の共用部分に立ち入ることは許容され得るとしても、管理人不在の間に共用部分に立ち入る行為は、管理権侵害にとどまらず、被告人を含む住人のプライバシーを侵害するもので、それ相応の法的根拠がなければ許されないはずである。本件にあっては、警察官らは、まだ裁判所への令状請求にも至っていない時点で本件建物に立ち入っており、その態様も被告人や住人らに断りもなく、大勢で次々に入るというもので、後記のとおり、正当性も認めがたい以上、建造物侵入に問われかねない行為といえる。」

b) 「また、原判決は、被告人に自室のドアを閉めさせなかった行為について、結果的に、被告人を含む本件建物内の住人らの平穩を害したことで、本件建物への立入りに関する違法の程度をより強めるとのみ述べるが、そうした評価はいかにも皮相で、本件においてはそれに止まらない違法があるというべきである。すなわち、ドアの内側は被告人の住居であって、そこは個人のプライバシーが強く保護されなければならない領域であり、居住者が自らの意思によりドアの開閉や施錠を決定すべきことは、その保護の要請からの当然の帰結である。ドアを開けておくよう説得することは、合理的な限度であればもとより許容されるところであるが、本件では、被



告人が明確かつ強固に説得を拒む意思を表明した後も、警察官らは約10分間にわたって押し問答を続け、しかも、ドアを手足で押さえるとの有形力行使とともに、警察官らが預かっている本件所持品について、これを返すわけにはいかないが、その状態を被告人に終始確認してもらわなければならないなどといった、およそ詭弁というほかない発言を繰り返してまでドアを開けさせることに固執しており、これらは説得の域を超えている。被告人が最終的には自ら傘をドアに差し入れたのは、警察官らによってドアを閉めることを断念せざるを得ない状況に追いこまれたからで、承諾があったなどとは到底いえず、警察官らの行為は、被告人の意思を制圧するものであったと評価できる。しかも、当時、被告人にドアを閉めさせないことについて、必要性・緊急性があったともいえない。この点、検察官は、被告人が逃走を図る可能性があり、その場合には負傷するおそれがあった、ドアが施錠されると令状執行に多大な支障が生じた、などとして、高度の必要性・緊急性があったという。しかしながら、被告人は、渋々とはいえ、自身の住居が明らかになることを当然に分かりながら、本件建物までの警察官らによる追従を受け入れていて、移動の間に逃走を図ったり、衝動的な行為に出たりする素振りをみせておらず、ドアを閉める理由についても就寝するためと述べていたのであるから、逃走に及ぶことを懸念すべき具体的事情は認められない。そもそも、逃走に備えるのであれば本件建物の周辺に待機等することで足りるはずである。令状執行の支障の点については、令状が発付されれば、その執行に必要な処分として開錠ができると解されるから、その手間を省くために施錠させないというのは、捜査側の都合を過度に優先させるものであって、必要性・緊急性を基礎づけるものではない。このように、④については何らの必要性・緊急性も認められないのに、被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシーを侵害したものに他ならないから、原判決が説示するように平穩を害したことでの違法の程度をより強めるのみならず、住居そのものへの侵入と比肩するほどの違法性があるというべきである。」

c) 「以上を前提に、一連の捜査手続の違法性の程度等について検討すると、

それは、令状主義の精神を没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ない。本件では、本件建物への立入りや自室のドアを閉めさせなかった行為は、強制処分に当たるものと解され、既に強制採尿令状の請求準備に入っており、近く令状発付が見込まれていたことは、強制処分に当たらない程度の留め置き等を正当化する根拠になり得るとしても、そのことは、およそ令状なくしては許されない強制処分に及ぶことを正当化する事由になるはずはない。しかも、警察官らは、被告人から疑義を呈されながら「入れる入れる。」などと軽く受け流すだけで何ら再考の姿勢を示すことなく違法な行為を継続し、のみならず、必要性・緊急性も認められないのに、単に令状の執行を容易にするため、被告人の意思を制圧して自室のドアを閉めさせず、令状が発付されるまでの1時間半ほどにわたって本件建物内に留まり、被告人方居室内の様子をうかがっていたもので、これによって被告人の住居についてのプライバシーが大きく侵害されたといえる。警察官らが意図的に令状主義を潜脱しようとしたとまではいえなくても、住居についてのプライバシーの重要性や、警察官らの無配慮な態度等に照らすと、その違法の程度は令状主義の精神を没却する重大なものといわれてもやむを得ない。そして、このような行為の後に請求をして発付された強制採尿令状を居室内の被告人に示し、これを受けて被告人が排出した尿を押収したものであるから、被告人の尿は、上記のような違法な行為を直接利用して得られたものというべきで、違法行為が尿の押収を目的としたことも明らかである。このような違法な手続により押収された尿の鑑定に関する本件鑑定書等の証拠を許容することは、その違法が警察官らの確信的な侵害行為によってもたらされたものであることをも考慮すると、将来における同様の捜査を抑制するとの見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである。」

d)「被告人の居室がその住居であることはもとより、本件建物の共用部分についても、原判決が指摘するとおり、居住スペースの延長ともいえる場所であったと解されるから、その住人や管理者の許可なく立ち入るためには令状が必要であることは明白で、これが任意捜査として許容できるとは

およそ解し得ない。そして、被告人の居室のドアを閉めさせなかった点についても、被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシーを侵害したのであるから、やはり任意捜査として許容できるものではない。本件においては、令状の執行に備えるために、本件建物に深く立ち入り、被告人方居室のドアに隙間を空けさせ、長時間にわたり様子をうかがう必要性及び緊急性がなかったことは、前述のとおりである。憲法35条で住居の不可侵が保障されているにもかかわらず、警察官らがこの点への配慮を欠き、令状なく、確信的にこの保障と密接に係る利益を侵害した本件の違法の程度は大きく、令状主義の精神にもとり、将来の違法捜査の抑制の見地からもこれを放置できるものではない。」

### (3) 検討

本判決は、留め置き二分論との関係で興味深い判断をしている。原審は、「既に強制採尿令状の請求手続に入っていたのであるから、近くその令状の発付が見込まれていたといえるところ、強制採尿令状の執行のためには、被告人と共に本件建物内に立ち入り、その居室の場所や被告人の所在を把握しておく必要性が高かったことは否定できない」と述べて、留め置き二分論を明確に採用している。これに対して、本判決は「既に強制採尿令状の請求準備に入っており、近く令状発付が見込まれていたことは、強制処分に当たらない程度の留め置き等を正当化する根拠になり得るとしても、そのことは、およそ令状なくしては許されない強制処分に及ぶことを正当化する事由になるはずはない」と判断している。本判決は、「近く令状発付が見込まれていたことは、強制処分に当たらない程度の留め置き等を正当化する根拠になり得るとしても」と留め置き二分論に対して一定の理解を示しながらも、「およそ令状なくしては許されない強制処分に及ぶことを正当化する事由になるはずはない」と本件捜査手法を斬ってみせる。この部分は、留め置き二分論を仮に採用したとしても、それはあくまで任意処分にとどまる範囲においてのみ正当化されるということを明確にした点で、注目に値する。思うに、処分が任意にとどまるのであれば、純粹の任意捜

査においてもそれは認められるであろうから、純粹の任意捜査の段階と強制への移行段階とで異なった判断がなされるとは思われないため、共用部分への立入り自体を許さず、本件建物の周辺等への待機程度しか認めないという本判決は、留め置き二分論を実質的に否定したものと評することができる。

本判決と原判決とで決定的に異なるのは警察官が本件建物の共用部分に立ち入ったことおよび被告人宅のドアを開けさせておいたことへの評価である。原判決は、共用部分への立入りを一応違法と評価し、ドアを閉めさせなかった行為については「その違法性の程度をより強めるものというべき」であるとしたが、その違法を留め置き二分論の観点から重大なものとして評価しなかった。本判決はそのような原審の判断を「そうした評価はいかにも皮相」とまでいって否定する。それどころか、捜査官が共用部分に本件態様で立ち入ったことについて「建造物侵入に問われかねない行為」とまで断罪する。本判決は、住居共用部分のプライバシーも自室のプライバシーも強く保護に値するものと解した上で、捜査が強制への移行段階に入っていたとしても、任意の範囲でしか捜査できない旨述べて、捜査の違法を認めたものと評することができる。

### Ⅲ 広島地方裁判所平成30年6月14日判決<sup>(11)</sup>

次に、一審段階で違法捜査を理由に無罪を出した広島地方裁判所の判決を見てみよう（後の分析の際に引用する部分について下線を引く）。

#### (1) 事実の概要

- a) 「A警察官、B警察官及びC警察官は、警ら中の平成28年12月6日午前3時頃、広島市所在のビル南側において、自転車で行走中の被告人を認め、職務質問を開始した。その際、(略)薬物前科があるかと尋ねたところ、被告人は、ある旨回答した。」
- b) 「B警察官が被告人に所持品の提示を求めたところ、被告人は、財布、携帯電話、自宅の鍵、交際相手であったD(略)の家の鍵、自転車の

鍵が付いたキーケース及びたばこを、同警察官が持っていた所持品検査用のネットに入れた。その直後、被告人が、数日前に覚せい剤を使用していたことが発覚するのを免れるべく、その場から全速力で走り出し（略）ため、A警察官及びC警察官が被告人を追跡した。他方、B警察官は、上記被告人の所持品を持って（略）その場に留まった。被告人は、（略）車道に出た後、左に進路を変えようとしたところ、車道上に転倒した。被告人が更に起き上がって逃げようとした直後、被告人に追いついたA警察官は、「なんで逃げたのか、じっとしている。」などと言いながら、被告人の両脇を後ろから抱え込み、その付近の歩道まで被告人を5、6メートル程度引きずった。そして、歩道上でA警察官が手を放した直後、被告人がなお左右に動こうとしたが、A警察官は、被告人の目の前に回り込み、「動くな、これ以上やったら公妨とるぞ。」などと言うとともに、被告人の両肩を両手でつかみ、（略）階段下の金網（略）の前まで押し込んだ上、被告人の両肩を強く押さえつけて本件金網の前に被告人を座らせた。」

c) 「その後、その場に合流したB警察官が被告人の所持品検査や身体検査を行ったが、その際、被告人は、B警察官が被告人の靴下を脱がせて足の裏を確認した後に、再度A警察官が被告人の靴下を脱がせたことや、警察官らが懐中電灯を被告人の顔の前で照らしたことに立腹した。また、被告人は、警察署で採尿に応じてほしい、腕の注射痕を確認したいという警察官らからの申出を拒否し、強制採尿の令状を持ってきてくれと言った。そうすると、警察官らは、尿を出したら帰れるが、出すまでは帰れないという趣旨の発言をした。また、所持品検査が終わった後も、被告人の所持品は、蓋のついていない所持品検査箱（略）の中に入れられたままであり、本件所持品検査箱の近くには常時2名の警察官がいた。被告人が本件金網の前に座らされてから約20分後、本件所持品検査箱の中に入っていた被告人の携帯電話機からLINEの着信音が鳴った際、被告人がA警察官に対し、LINEに出させてほしい旨述べたが、A警察官は、LINEは文字だからだめである旨述べて、被告人に携帯電話機を使用させなかった。その後、Dからその携帯電話機に着信があったときには、A警察官は、被告人に携帯

電話機で通話させたが、通話を終えた被告人が携帯電話機をポケットにし  
まおうとすると、被告人に逃げるからこっちに入れるようになどと言い、  
被告人の携帯電話機を本件所持品検査箱の中に戻させた。その後も、被告人は、警察官らに対し、携帯電話機を返してほしい旨を4、5回求めたものの、警察官らは、逃げるから返すわけにはいかない旨述べ、被告人に携帯電話機を返さなかった。」

d)「職務質問の開始から1時間程度経過した頃、警察官らは、強制採尿令状を請求する準備に着手し、A警察官がその旨を被告人に告げたところ、被告人は、家に帰っているから令状を家に持ってきてほしい旨述べ、帰宅するために立ち上がろうとした。そうすると、A警察官は、「じっとしてろ。公妨とるぞ。」などと言って、被告人の両肩をつかんで押さえつけ、再び被告人を座らせた。そのため、被告人は、もはやじっとしておくしかないと観念し、その場に留まらざるを得ないと思った。」

e)「それから約20分後、被告人が寒いので交番へ行きたい旨述べたことから、被告人は、C警察官、職務質問中に合流したF警察官及びG警察官とともに、交番へ移動を開始した。その際、被告人の所持品は本件所持品検査箱に入ったままであり、G警察官がこれを持っていた。その途中で、被告人らはDが勤務するkに立ち寄り、被告人は、Dからたばこやコーヒー等を受け取った。その際、被告人は、精算をしようとしてG警察官が持っていた本件所持品検査箱から財布を取り出したが、Dが精算を済ませていたため、財布を自分のポケットにしまおうとしたところ、G警察官から「逃げるから箱の中に入れてください。」と言われたため、財布を本件所持品検査箱の中に戻した。」

f)「それから、被告人らは交番に歩いて行ったが、同交番では、被告人が座っていた椅子の真後ろのカウンターに本件所持品検査箱が置かれ、常時警察官がその近くにいた。また、被告人と出入口の間には、警察官が2人立っていた。同交番にいた間も、被告人は、女が心配しているから帰らせてほしい旨述べたが、警察官らは帰すわけにはいかない旨述べ、これを拒んだ。また、同交番に滞在していた間、被告人の携帯電話機に、複数回

にわたり、Dから着信及びLINE メッセージの受信があったが、被告人は、LINEを使用することはなく、Dと通話のみしていた」

g)「裁判官は、警察官らの請求に基づき、被告人に対する強制採尿令状及び身体検査令状を発付した。そして、同日午前7時12分頃、交番において、被告人に対する強制採尿令状が執行され、被告人は、(略)警察官とともに病院へ移動した。同病院において採尿の準備が整うまでの間、同病院の駐車場において身体検査令状が執行され、警察官らは、被告人の左腕に注射痕様のものがある様子を写真撮影した。その後、同病院において強制採尿が実施され、同病院の看護師及び医師は、合計3回カテーテルを被告人の尿道に挿入したが、被告人がその痛みに耐えかねて体を曲げるなどしたため、採尿することができなかった。そして、最終的には被告人が自ら排尿したため、警察官らは、その尿を強制採尿令状により差し押さえた。」

## (2) 判旨

広島地裁は、尿の鑑定書および鑑定人の証言を証拠排除し、犯罪の証明がないとして、被告人に無罪を言い渡した。その理由は次のとおり。

a)「被告人が薬物の前科がある旨自認し、所持品検査の最中にその場から全速力で逃げ出した時点で、被告人には覚せい剤を含む違法薬物使用の嫌疑が高まっていたのであるから、警察官らが被告人に対する職務質問を継続したこと自体は警察官職務執行法2条1項に基づく適法な行為であったといえる。殊に、被告人が所持品を警察官の手元に残したまま、いきなり全力疾走して逃走を試みたことなどから、被告人には相当高い嫌疑が認められ、職務質問を継続する必要が認められた。」

b)「しかしながら、A警察官は、車道上で転倒した被告人の両脇を後ろから抱え込んで歩道まで引きずり、続いてその両肩をつかんで被告人を本件金網付近まで押し込み、その両肩を押さえつけてその場に座らせるという直接的かつ強度な有形力を行使している。このようなA警察官の行為態様に鑑みると、A警察官の行為のうち転倒した被告人を歩道上まで引きずった部分には、交通事故の防止のためという面はあったにしても、その後の



行為を含め考えると交通事故防止の目的とはいいい難く、A警察官の行為は、被告人の逃走を防止して職務質問を継続する目的でなされたものと推認される。被告人の逃走意思が強いと考えられることを踏まえても、飽くまで任意手段である職務質問であるから、その目的に照らして最小限度の有形力の行使でなければならないが、A警察官の行為は、最小限度の有形力の行使であるとはいえず、職務質問に付随する有形力の行使の限度を超えて違法というべきである。また、A警察官は、被告人が立ち上がろうとした際、それがA警察官の職務の執行を妨害するものではなく、被告人を公務執行妨害で現行犯人逮捕できる要件がないにもかかわらず、「公妨とるぞ。」と同罪で現行犯人逮捕するという趣旨の発言をしながら有形力を行使してその場に留めているが、そのような発言は職務行為として正当化されるのではなく、罪を犯していないのに逮捕するという被告人に対する威迫となる行為であって、違法である。また、警察官らは、被告人の所持品検査が終了した後も、所持品を被告人に返還することなく、被告人の承諾を得ないで本件所持品検査箱の中に入れたまま引き続き管理し、それらの所持品を返してほしい旨の度重なる被告人からの求めにも応じていない。被告人は(略)所持品(略)の所有権等を放棄したわけではなく、(略)所持品の返還を再三求めており、それにもかかわらず警察官らが被告人の承諾を得ずにその所持品を管理した行為は、実質的には無令状で被告人の所持品の占有を取得したに等しいものというほかない。殊に、警察官らは、被告人の家の鍵や財布、携帯電話機等、通常生活に欠かせない携行品を管理しており、これにより被告人を留め置く効果は一般に高かったといえ、明らかに違法である。以上のとおり、本件強制採尿令状の発付前の先行手続には、A警察官が前記のとおり被告人に強度の有形力を行使し、威迫的な行為を行った違法と、警察官らが被告人の承諾なくその所持品を占有した違法があると認められる。」

c)「A警察官が車道上で転倒した被告人の両脇を後ろから抱え込んで歩道まで引きずり、続いてその両肩をつかんで被告人を本件金網付近まで押し込み、その両肩を押さえつけてその場に座らせた行為については、交通事故

故防止の面も否定できないことに加えて、職務質問を継続する必要性が高く、有形力の行使自体は短時間にとどまったことなどの事情に照らし、その違法の程度が大きかったとまではいえない。しかしながら、A警察官が「公妨とるぞ。」と言って被告人を威迫した違法行為及び警察官らが被告人の承諾なく被告人の所持品を占有した違法行為は、法規からの逸脱の度合いが大きい上、それらの違法行為によってその場に留まらざるを得ないと被告人に思わせ、4時間程度の長時間にわたり被告人を留め置いたもので、被告人の移動の自由を大きく侵害している。警察官らとしては、被告人が逃走を試みた後であっても、まずは職務質問に応じるよう被告人を説得し、職務質問に応じない場合には被告人を放還すべきであり、令状を請求する場合でも、その執行の実効性を確保する手段は任意処分範囲内で検討すべきであったのに、それをした形跡がみられないことも考慮すると、違法は重大というべきである。また、本件においては、警察官らがそれらの重大な違法行為をして違法に被告人を留め置いた結果、(略)被告人の尿の鑑定書及び(略)鑑定人の証言を得ることが可能となったのであるから、それらの違法行為と被告人の尿の鑑定書等及び鑑定人の証言との間には密接な関連性がある。さらに、警察官らがそれらの重大な違法行為をしたのは、被告人を留め置くためであったと認められるから、警察官らには無令状で被告人の意思を制圧してその移動を制限しようとする令状主義潜脱の意図があったと認められる上、本件金網の前で所持品を被告人に返還した旨のA警察官の証言も、被告人の承諾なくその所持品を占有していたことを隠蔽する目的でなされた虚偽のものと解される。以上のような被告人の尿の鑑定書等及び鑑定人の証言の収集過程における違法の重大性、違法行為との関連性、警察官らの意図及びA警察官の証言態度を総合考慮すると、その収集過程には令状主義の精神を没却する重大な違法があったというべきである。そして、(略)被告人の尿の鑑定書及び鑑定人の証言を証拠として許容することは、将来における同様の違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められるから、少なくともこれらを違法収集証拠として証拠能力を否定し、証拠から排除するのが相当である」

## (3) 検討

本判決は、警察官について2つの違法を認定している。ひとつが「強度の有形力を行使し、威迫的な行為を行った違法」であり、もうひとつが「承諾なくその所持品を占有した違法」である。

「強度の有形力を行使し、威迫的な行為を行った違法」は、2つの事実から構成されている。それは、①「車道上で転倒した被告人の両脇を後ろから抱え込んで歩道まで引きずり、続いてその両肩をつかんで被告人を本件金網付近まで押し込み、その両肩を押さえつけてその場に座らせる」という有形力の行使と、②A警察官が「被告人の目の前に回り込み、「動くな、これ以上やったら公妨とるぞ」と言い、また職務質問開始から1時間程度経過した後に被告人が帰るために立ち上がりようとしたときにA警察官が「じっとしてろ。公妨とるぞ」と言った行為である。

「承諾なくその所持品を占有した違法」として認定されている事実は、③職務質問直後に被告人が「財布、携帯電話機、自宅の鍵、交際相手であったD（略）の家の鍵、自転車の鍵が付いたキーケース及びたばこを、同警察官が持っていた所持品検査用のネットに入れた」ところから続く、警察官による被告人の所持品の使用制限ないし不返還である。具体的には、「所持品検査が終わった後も、被告人の所持品は、蓋のついていない所持品検査箱（略）の中に入れられたままであり、本件所持品検査箱の近くには常時2名の警察官がいた」ことや「LINEは文字だからだめである旨述べて、被告人に携帯電話機を使用させなかった」こと、「通話を終えた被告人が携帯電話機をポケットにしまおうとすると、被告人に逃げるからこっちに入れるようになどと言い、被告人の携帯電話機を本件所持品検査箱の中に戻させた」ことや、その後に被告人に携帯電話を返さなかったこと、被告人が「財布を自分のポケットにしまおうとしたところ、G警察官から「逃げるから箱の中に入れてください」と言われたため、財布を本件所持品検査箱の中に戻した」こと、交番では「被告人が座っていた椅子の真後ろのカウンターに本件所持品検査箱が置かれ、常時警察官がその近くにいた」こと等の一連の事実である。

裁判所は、有形力の行使にあたる①については、「交通事故防止の面も否定できないことに加えて、職務質問を継続する必要性が高く、有形力の行使自体は短時間にとどまったことなどの事情に照らし、その違法の程度が大きかったとまではいえない」という。もし、警察官の行為が①だけであり②と③がなければ本件尿鑑定は証拠採用された可能性が高い。

裁判所が重大な違法であると評価したのは、②と③である。裁判所は事実認定の際には②と③を区別しているが、違法評価の段階では両者を統一的に判断対象として、「A警察官が「公妨とるぞ。」と言って被告人を威迫した違法行為及び警察官らが被告人の承諾なく被告人の所持品を占有した違法行為は、法規からの逸脱の度合いが大きい上、それらの違法行為によってその場に留まらざるを得ないと被告人に思わせ、4時間程度の長時間にわたり被告人を留め置いたもので、被告人の移動の自由を大きく侵害している」と述べる。裁判所は、このような場合に警察官は「まずは職務質問に応じるよう被告人を説得し、職務質問に応じない場合には被告人を放還すべきであり、令状を請求する場合でも、その執行の実効性を確保する手段は任意処分範囲内で検討すべきであった」といい、その違法性の重大性を認定する。そして、「警察官らには無令状で被告人の意思を制圧してその移動を制限しようとする令状主義潜脱の意図があったと認められる」とまでいったのである。

すなわち、本件の行為と裁判所の判断は図にすると次の通りである。

行為	行為の性質	裁判所の評価
引きずり肩をつかんで押さえつけて座らせる (①)	有形力の行使	違法の程度が大きかったとまではいえない
「公妨とるぞ」と言う (②)	威迫	重大な違法行為
所持品を返さない (③)	所有権侵害	

この構造分析にもとづいて留め置き二分論との関係について検討を加える。本判決は、留め置き二分論をほとんど意識していない判決であるように思われる。本判決は、「令状を請求する場合でも、その執行の実効性を

確保する手段は任意処分の範囲内で検討すべき」とだけ述べており、令状を請求した段階とそうでない任意処分の段階とで判断基準の相違が生ずる旨は述べていない。したがって、留め置き二分論は本判決には採用されていないものといえることができる<sup>(12)</sup>。その理由については、2通りの可能性を考えることができる。1つは、裁判所がそもそも留め置き二分論を——当事者からの主張もなかったため——意識しなかった可能性である。もう1つは、本件においては、所持品に関する違法な処分および1度目の「公妨とるぞ」の発言は、強制採尿令状請求準備前に行われているため、仮に留め置き二分論を前提にしても、その純粋に任意の段階によって行われた違法捜査の故に、本件証拠排除はなされるので、留め置き二分論を論じる実益がないと考えた可能性である。本判決は、留め置き二分論に殊更に触れることがなかったものと評することができる。

ただし、令状請求に入りそのことを被告人に告げた段階から、警察官の処分が強制の度合いを強めていることが認定事実から伺える。この点、広島県警の警察官が東京高裁の判決を意識していた可能性もないではないが、それよりもむしろ現場において令状請求後に強制の度合いが強まるのは自然な流れであるとする方が実情に合致しよう。現場の捜査官が、令状を請求した段階から被疑者を絶対に逃せないという心理になるのは想像に難くない。

となれば、留め置き二分論は、現場の要請に応える理論であるとともに、濫用されれば現場の捜査のエスカレーションを追認するための理論となりうる危険性を孕んでいるといえるのかもしれない。

## Ⅵ 傍論的問題提起

ここで、留め置き二分論から少し離れて、傍論的に付言したい推察を以下に書き進めたい。

両判決は、法的に見れば、決して奇抜な判断ではない。むしろ、プライバシー侵害や威迫や所有権侵害を重大な違法行為であると捉えるのは、法

的な観点の下においては十分に首肯しうるものであろう。ここで私は、法的な観点ではない別のライトを照射して、これら行為の異なる側面を浮かび上がらせてみたい。

大阪高裁の事案において、警察官は不要であるのに徒歩の被告人一人に対して赤色灯を点けたままのバトカー数台で走行し、交差点ではサイレンを吹鳴させるなどしている。また、被告人から「捜査権がないのに入ってこれんの」と問いかけられたのに対して、「うん、入れる入れる」などと答え、住宅の共用部分に立ち入り、被告人の居室前にまでついて行き、居室のドアを閉めるのを妨害している。これら行為における警察官の権利軽視の態度は甚だしいものといえる。しかし、警察官は被告人の身体に対して暴力を振るう等の有形力の行使はしていない。大阪高裁の事案において、問題となるったのは身体的に対して不法な有形力を行使したというような物理的な違法行為ではなく、法的な権利の侵害である。そして、いみじくも原審が指摘するように、警察官自身はそのことが違法であると認識していたのではなさそうである。原審は、「Bらは、共用部分であれば、令状無くして立ち入っても問題はないと安易に考えていた節があり、それ自体戒められるべきであるが、管理人が不在の間は、たとえ共用部分であっても、本件建物内への立入りが禁止されていることを明確に認識しながら、あえてこれを無視して本件建物内に立ち入ったとまでは認められない」と認定しているのである。

広島地裁が違法認定した3つの行為のうち、警察官が被告人の身体に接触した行為は①および②である。③は被告人の身体への接触とは無関係な行為である。②については、たしかに2度の「公妨とるぞ」の際にはいずれも警察官は被告人の肩を押さえつけているという点では、身体の接触がある。ところが、裁判所はこの②の「公妨とるぞ」について、肩の押さえつけをさほど重視していない。というのも、裁判所は、1度目の「公妨とるぞ」の際に、警察官が被告人の肩をつかんで金網に押し込んだこと自体については、①の被告人を引きずり肩をつかんで押さえつけて座らせた有形力の行使の中に含めて評価しており、それについては「違法の程度が大

きかったとまではいえない」としているのである。すると、②の「公妨とるぞ」については、その肩をつかんで押さえつける行為よりも「公妨とるぞ」という発言による威迫自体の違法性を裁判所は問題視したといえる。したがって、広島的事案においても問題とされているのは、捜査における有形力の行使ではなく、目に見えない権利侵害なのであるといえる。

そこで、これらの各行為を事実的な観点あるいは非法律家（法学非学習者）の一般的観点から見るとどう映るのかをひとつの思考実験として考えてみたい。法学を学んでいない者に、たとえば広島地裁事案の①「引きずり、肩をつかみ、押さえつけて座らせる行為」と②「公妨とるぞと申し向ける行為」と③「職務質問の際に預かった所持品を返さない行為」とでどれが一番問題があるかと考えるかと問うたでしょう。するとおそらく、一般的には有形力の行使である①こそが問題行為であるとの返答が得られるだろう。②はちょっとした駆け引きのようなもの、③は警察官が被告人の傍にいて、携帯での通話も支払いのための財布の取り出しも認めているのだから、尿検査の結論が出るまでしばらく警察官が預かっておくくらいは問題がない行為であると考えのではないだろうか。警察官が、覚せい剤使用の疑いのある者を、引きずったり、押さえつけたりするのはさすがに良くないが、現に公務執行妨害罪で検挙するわけではないのだから「公妨とるぞ」という程度の言葉で駆け引きをしたり、所持品を返さなかったりする程度であれば許されると考える一般人は少なくないように思われる。また、大阪高裁事案において、警察官は暴力を振るわなかった、ただ住居の共用部分に立ち入り住居のドアを閉めるのを妨害しただけだ、といったとき、非法律家の観点からすれば、「その程度」のことであれば許されると考えることもあるのではないだろうか。

となれば、ここで警察官の非法律家としての側面に目を向けるべきだろう。もちろん、警察官は警察学校をはじめ様々な場面で法律を学ぶ。その意味で、警察官を一般的な人々に比して法律に疎いと評するわけにはいかない。しかし、警察官一般が法の専門家でないことは確かである。たとえば、刑事訴訟法を学び、任意捜査においては有形力の行使が一般に許され



ないことは理解しながら、プライバシー侵害や所有権侵害の法的重大性については理解が十分に及んでいない可能性がある。職務質問における無令状の所持品検査について学びながら、それが単に（たとえば鞆を開けて手を突っ込むなど）有形力の行使のようであるから許されないとだけ理解してしまい、プライバシーや所有権といった目に見えないが法的に強い保護に値する権利に頓着することなく、所持品を得た後の不返還の問題点に思いが至らないという可能性は十分に考えられる。「公妨とるぞ」と申し向けてその場に留まらせることが、許される駆け引きの域を超えて、強制権力を背景とした脅迫・強要と評価されうることへの思い至りがないことはありうるだろう。現に、大阪高裁事件の原審は、「Bらは、共用部分であれば、令状無くして立ち入っても問題はないと安易に考えていた節があり、それ自体戒められるべきであるが、管理人が不在の間は、たとえ共用部分であっても、本件建物内への立入りが禁止されていることを明確に認識しながら、あえてこれを無視して本件建物内に立ち入ったとまでは認められない」といっているのである。

そうであれば、広島地裁判決は「警察官らには無令状で被告人の意思を制圧してその移動を制限しようとする令状主義潜脱の意図があったと認められる」とまでいったが、警察官（とりわけA警察官）には、そこまでの意識はなかったのではないかとすら思われてくる。A警察官は、①、②、③の各行為のうち、もっとも重大なのは①の有形力の行使であり、それが許容される程度であれば、②と③は①を超えない程度であって許されるというような気軽な気持ちであったのではないか。というのも、A警察官は職務質問に付随して令状のないうちに「公妨とるぞ」と2回も申し向けているのだから、日常的にこのようなことを口にしていた可能性は想像に難くなく、他の警察官らも所持品を「逃げるから返さない」などと繰り返し言い、複数人で所持品を監視するなど、令状なき被疑者留め置きの違法性に何ら気を配っている様子が微塵もないのである。

もちろん、以上のことは、資料から誤りなく確実に読み取れる事実ではなく、想像にすぎない。しかし、可能性としてはありうるだろう。すると、

この事件は、警察官があえて違法捜査を行ったというより、各行為に対する法的評価が、裁判所と警察官とで食い違った結果であると評する余地がありそうだ。いうまでもないことだが、このような評価は、警察官を免責する方向に働くわけではない。それどころか、短時間のうちに複数の警察官が法律を理解していないような振る舞いを何度もする事件が複数起きているのだから、以上の推測が仮に的を射ているとすれば、警察の「組織的な法教育の不備」を指摘せざるをえないことになるだろう。もちろん、この指摘は警察を責めているのでもない。むしろ、現場の警察官が文字通り懸命に捜査したにもかかわらず、思わぬ点が違法捜査であると評価されて証拠排除されてしまうのでは、警察官にとっても不利益であろう。裁判所の判断と警察官の判断とを近づけるような法教育は、警察官にとっても思わぬ違法捜査を回避するという点で利益であるといえるのではないであろうか。そうであるならば、警察官への一層の法教育の充実が求められることになるだろう。

少しばかり推測が過ぎたようでもあるが、ありうる推測からの問題点の指摘として、警察の法教育の問題を付言しておいた。これは少なくとも実務家の実感とも合致するように思われる。

## V 結語

留め置き二分論は、高裁段階で採用した例がいくつか見られるものの、本稿にて検討した二つの判決には必ずしも強い影響を与えているわけではなさそうである。留め置き二分論は、当初の平成20年判決が、その当否はさておき立法措置に期待したことから伺えるように、現行法に根拠がある理論ではない<sup>(13)</sup>。なるほど、たしかに、捜査の目的によってその判断基準が変わるというのも理論的にありうる立場ではあるのかもしれない<sup>(14)</sup>。しかし、仮に現実の捜査官において法学的素養が十分でないのならば、そのような捜査官の設定する捜査目的によって、被疑者の受ける処分の性質が変わってくることを認めることは、被疑者の現実の権利保護の観点から問題

があるということができよう。それゆえ、このような理論の導入については、本来任意であるべき捜査に対して捜査官が令状請求を準備したことを理由に、その範疇を踏み越えることを実質的に許容するものとして悪用されるおそれ拭えないため、慎重であるべきであろう。その意味において、留め置き二分論が他の下級審判決にさほど強い影響を与えていないように見られることは積極的に評価することができる。ただし、それは留め置き二分論がどの裁判所においても採用されないことを保障するものではないため、今後も——とりわけ最高裁の動向を含めて——<sup>(15)</sup>注視が必要である。

(了)

#### 注

- (1) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣，2015年）19頁以下，寺崎嘉博『刑事訴訟法』第3番（成文堂，2013年）60頁以下。
- (2) たとえば，最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁，最決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁など。
- (3) 刑訴197条1項，199条1項，218条1項など。
- (4) 憲法31条，33条，35条1項など。
- (5) 東京高判平成20年9月25日東高刑59巻1～12号83頁，東京高判平成21年7月1日判タ1314号302頁，東京高判平成22年11月8日高刑集63巻3号4頁など，いずれも覚せい剤取締法違反事件についての留め置きである。留め置きについて，大久保隆志「任意と強制の狭間——留め置きにおける「二分論」について——」広島法科大学院論集11号（2015年）153頁以下，高橋省吾「職務質問に伴う被疑者の「留め置き」の適法性」山梨学院ロー・ジャーナル10号（2015年）27頁以下参照，金子章「被疑者の留め置きについて——その適法性判断のあり方に焦点をあてて——」横浜法学27巻2号（2018年）27頁以下参照。
- (6) 東高刑59巻1～12号83頁。白取祐司「判批」刑事法ジャーナル17号（2009年）104頁も参照。
- (7) 判タ1314号302頁。前田雅英「判研」警察学論集64巻5号（2011年）145頁以下，川出敏裕「判研」警察学論集71巻8号（2018年）140頁以下も参照。
- (8) 東京高判平成22年11月8日高刑集63巻3号4頁。川出・前掲注（7）

140頁以下参照。

- (9) 札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁は、検察官の「留め置きが純粹に任意捜査として行われている段階と、採尿令状の請求準備に取り掛かってから執行までの段階（以下「強制手続への移行段階」という。）とに分けた上、それぞれの段階に応じて適法性を検討すべきであ」との主張を、「犯罪の嫌疑の程度は、採尿令状の請求準備を開始するか否かという警察官の判断により直ちに左右されるものでない上、本件において、その段階で、嫌疑を深めるべき新たな証拠や事実が発見されてもいないから、上記のような警察官の判断時点を境界として、許容される留め置きの程度に有意な違いが生じるものと解することは、必ずしも説得力のある立論ではないというべきであり、所論のような判断枠組みによって留め置きの適法性を判断すべきであるとは考えられない」と退けている。前田雅英「判研」捜査研究65巻3号（2016年）10頁以下も参照。
- (10) 裁判所ウェブサイト登載。判例研究として、白井美果「判研」警察学論集71巻12号（2018年）177頁以下。
- (11) 裁判所ウェブサイト登載。
- (12) 市木政昭「判例紹介」研修845号（2018年）は、本判決は留め置き二分論を念頭に置いているとしつつ、二分論を採用したとしても、純粹に任意の段階から違法という結論になると評する。
- (13) 留め置き二分論の前提とする捜査観に否定的な論稿として、小川佳樹「被疑者の『留め置き』について」研修839号（2018年）3頁以下参照。
- (14) 処分の目的にも注目してその強制性を判断すべきであるという立場から、留め置き二分論の理論を原則として肯定する論稿として、金子・前掲注(5)27頁以下参照。
- (15) 留め置きの適法性について判断した最判平成6年9月16日刑集48巻6号480頁は、捜査官の行為の態様と状況の衡量、捜査官の意図を勘案して、違法ではあるが令状主義の精神を没却するほどの重大な違法ではないとした。ここでは、令状請求が適法であるか否かという検討や強制採尿令状発付後の一定程度の有形力の行使についての判断はあるが、留め置き二分論の判断枠組みは採用されていないといえる。